

**LAS EMPRESAS MIXTAS
EN EL CONTEXTO DE UN MUNDO GLOBALIZADO**

por RODOLFO DÁVALOS FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad de La Habana

SUMARIO

UNIDAD 1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA: SU INFLUENCIA EN LOS AGENTES DEL COMERCIO Y LA INVERSIÓN

1. Fronteras, soberanía y globalización.
2. Las sociedades mercantiles frente al fenómeno de la internacionalización. Las «nuevas potestades económicas».
3. La asociación de empresas, la transferencia de tecnología.
4. Los procesos de integración vs. globalización.
5. La inversión extranjera en el contexto actual. Liberalización vs. racionalidad. Los acuerdos de protección recíproca de inversiones. Crisis de un acuerdo multilateral.
6. Las Empresas Mixtas. Concepto. Clases. Características.

UNIDAD 2. LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA MIXTA

1. La negociación previa: la carta de intención y los acuerdos marcos.
2. El Convenio de Asociación o «joint venture agreement». Modalidades. Convenios o contratos satélites.
3. Los Estatutos de la Empresa Mixta. Aspectos esenciales, diferencias con la sociedad mercantil común. La escritura Social.
4. Pactos esenciales: El capital, su aportación; Los órganos de dirección y gestión, peculiaridades; Disposiciones sobre la política financiera; Acuerdos sobre comercialización; La transferencia de tecnología; Otras cláusulas o pactos tipos: definiciones, idioma, fuerza mayor, continuidad de la empresa mixta.

UNIDAD 3. ARBITRAJE Y DERECHO APLICABLE EN LA EMPRESA MIXTA

1. Posibilidades para la solución de diferencias de las empresas mixtas.
2. Ventajas del Arbitraje Comercial Internacional.
3. La solución de diferencias en los Acuerdos APRI y en los Acuerdos sobre Inversiones.
4. Sociedad mercantil y Derecho aplicable.
5. Negociación global y Derecho aplicable.

UNIDAD 1. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA: SU INFLUENCIA EN LOS AGENTES DEL COMERCIO Y LA INVERSIÓN

1. Fronteras, soberanías y globalización

En una definición sencilla cualquier diccionario moderno llama *globalización* a la tendencia moderna de los mercados y de las empresas a extenderse cada vez más, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales.

Es casi imposible abrir una revista, leer un periódico, escuchar noticias, o asistir a seminarios académicos sin que se nos indique que estamos en un mundo *globalizado* y que el intrincado y evidente proceso de *globalización* de la economía mundial es el tutor de todas las otras abundantes globalizaciones: la tecnológica, la de los medios de comunicación, la cultural, la de las modas, e incluso la peligrosa globalización de los modos o formas de destruir el medio ambiente y poner en peligro el propio planeta que habitamos.

Siguiendo al destacado economista cubano Osvaldo Martínez, podíamos decir que se nos habla de una nueva economía-mundo en la que los estados nacionales casi se han disuelto y perdido el sentido de la soberanía nacional, en virtud de unas tendencias universales que ha ido diseñando un traje de igual color y estilo para todos los países: un uniforme que todos deben llevar como distintivo de formar parte de la modernidad.¹

Desde la fiebre por el uso de las nuevas y más sofisticadas computadoras hasta el auge del narcotráfico, todo pretende hoy en día ser explicado por la globalización, sin necesidad de culpables, pues se trataría, según se dice, de algo tan objetivo e ineluctable como la salida y puesta del sol.

¹ Sobre la naturaleza y significado de la globalización, ver conferencia «Globalización de la economía mundial: la realidad y el mito», Osvaldo Martínez, Director del Centro de Estudios de la Economía Mundial, La Habana, Cuba.

Sin embargo, no puede perderse de vista que los agentes que operan la globalización son las corporaciones transnacionales. Ellas son las arañas que han tejido los hilos del mercado financiero globalizado, de la interpenetración de las economías (penetradas por ellas), de la supuesta economía sin fronteras, para mover el capital mediante la planeación a escala global en persecución de la máxima ganancia.

Una primera propuesta surgida de la «ideología globalizadora» es que han perdido sentido las fronteras nacionales y que ya las economías no son el referente adecuado para entender esta economía-mundo. Si han perdido sentido las economías nacionales, entonces se han quedado sin base de sustentación económica propia el estado-nación y resulta cuestionado el concepto y el ejercicio de la soberanía nacional en tal vital esfera.

El «mensaje» está en que el manejo de la economía nacional no puede hacerse entonces si no es sometida a imperativos globales no surgidos del consenso, sino de la imposición de una realidad que se afirma es la única posible.²

Se trata de una visión «fundamentalista» de la globalización que pretende propugnar que los avances tecnológicos han desatado fuerzas que escapan al control de los Estados nacionales y de los actores sociales. Como ejemplos característicos se mencionan al mercado financiero globalizado y a las gigantescas mega-corporaciones que funcionan en la economía global.

Sin embargo esta internacionalización-globalización sigue mostrando los vínculos finalmente determinantes entre la corporación global y el estado matriz, aunque ahora ese vínculo resulte más complejo y con frecuencia no sea reducible exclusivamente a la economía.³

Y es que el verdadero calibre de la globalización actual pudiéramos quizás encontrarlo, como afirman destacados economistas, en una mezcla entre entes transnacionales, unidos a la decisiva presencia de mercados nacionales y de economías nacionales, ya que aunque existe efectivamente una acentuada transnacionalización, de ninguna manera significa que los estados nacionales y las economías nacionales han dejado de ser fundamentos del desarrollo, fundamentos de la economía mundial, y en modo alguno ha perdido sentido el debate y la búsqueda de vías para el desarrollo.⁴

2. Las sociedades mercantiles frente al fenómeno de la internacionalización

Como bien apunta la doctrina, es el sector del comercio internacional el más directamente afectado por la incidencia de la internacionalización de la economía.⁵

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ Ver Conferencia: «El Neoliberalismo en su Laberinto», Osvaldo Martínez, La Habana. Emilio OLIVEROS: *El País*, 2 de agosto de 1998. Aldo FERRER: «Historia de la Globalización»; «Argentina y el MERCOSUR» y «Hechos y ficciones de la globalización», Fondo de Cultura Económica 1996 y 1997.

⁵ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: «Sistema del Comercio Internacional», Civitas, Madrid 2001, p. 25.

Una muestra de ello se aprecia en la evolución y transformación que ha venido manifestándose en los últimos años en las estructuras de las sociedades mercantiles.

Por una parte, la unión de sociedades conservando cada una de ellas su propia personalidad jurídica, constituyendo lo que en términos económicos amplios se denominan Grupos de Sociedades, que surgen para la adopción de estrategias de decisión unificadas y como política de crecimiento empresarial, dada la necesidad de moverse en un mercado cada vez más globalizado.

Los lazos mediante los cuales estas sociedades se vinculan para conseguir estos objetivos son cada vez más diversos y van desde el dominio de unas sociedades por otras, hasta la colocación de personas comunes en los órganos de decisión de cada empresa, o la adopción de acuerdos o contratos de colaboración.

Por otra parte, se asiste a un impresionante crecimiento de las «nuevas potestades económicas»⁶, las empresas multinacionales y transnacionales, con el consiguiente aumento de su poder global e impacto no solo en la economía mundial, sino también en el medio social. El creciente número de las fusiones y absorciones empresariales, han aumentado el tamaño de las ya de por sí grandes empresas transnacionales, lo que vinculado a la internacionalización de la economía les concede una influencia política y un impacto social cada vez mayor.

Ya desde el XXII Congreso de la Cámara de Comercio Internacional (Estambul, 1969) se calificó como empresa multinacional aquella en la que cualquiera que sea su estructura o su política, las operaciones en el extranjero son iguales que las operaciones nacionales, y cuya dirección nacional está pronta a repartir los recursos de la sociedad sin tener en cuenta las fronteras para atender los objetivos sociales; en el mismo Congreso se calificó como empresa transnacional a la propia sociedad multinacional cuando es poseída y dirigida por personas de distintas nacionalidades cuyas decisiones escapan a la óptica nacional.

Por su parte, el VIII Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI), celebrado en Guanajuato (México) en 1974, consideró como sociedades transnacionales aquellas que extienden sus actividades a territorios de Estados distintos al de su constitución, cualquiera que sea su nacionalidad y la forma que adopte para ello.

Con independencia de uno u otro concepto, las dimensiones políticas y sociales que plantean las empresas multinacionales y transnacionales son de sobra conocidas, pues, como bien se ha afirmado⁷, la capacidad de utilizar recursos financieros, físicos y humanos en todo el mundo, y de combinarlos en distintas actividades, su capacidad de desarrollar tecnologías y conocimientos nuevos, su capacidad productiva, su influencia para determinar las modalidades y valores de la demanda, para imponer novedosos productos, para manejar el márketing,

⁶ Denominación dada por Vicente SIMO SANTOJA a las empresas multinacionales, internacionales y de Derecho Uniforme, en su libro del mismo nombre: «Las nuevas potestades económicas», TECNOS, Madrid 1976, que desde esa fecha llama la atención sobre las características de esas empresas y su influencia en el contexto internacional.

⁷ Rodrigo URÍA: «Derecho Mercantil», Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 615 y siguientes.

su papel predominante en la división internacional del trabajo, las convierte en una vía y medio de influencia que interviene decisivamente en la política de los gobiernos y en la vida de los pueblos.

No por gusto el plan de acción del «Foro del Milenio», celebrado en la sede central de las Naciones Unidas entre el 22 y 26 de mayo del 2000, incluye recomendaciones como estas: adoptar códigos estrictos de conducta para las compañías transnacionales; crear un marco de referencia de obligatorio acatamiento desde el punto de vista legal para reglamentar las acciones de las corporaciones transnacionales en lo que respecta a la mano de obra internacional, los derechos humanos y las normas ambientales sostenibles establecidas por las Naciones Unidas.

3. La asociación de empresas, la transferencia de tecnología

El fenómeno de la concentración de capitales y de fuerzas industriales, característico de la internacionalización de la economía, unas veces conduce a la total fusión o absorción de sociedades mercantiles, dando lugar al gigantismo empresarial antes referido, pero otras veces la concentración se manifiesta a través de mecanismos jurídicos que conduce a otras fórmulas de asociación de empresas o unión de sociedades, conservando todas ellas, al menos formalmente, la independencia y personalidad jurídica, aunque realmente pierden en mayor o menor grado la autonomía económica.

Las principales fórmulas utilizadas son:

- La unión contractual, en la que el convenio, acuerdo o contrato es el instrumento de agrupación de las sociedades, bien en sentido *horizontal* (sociedades que desarrollan actividades idénticas o análogas y actúan en régimen de concurrencia, en la misma fase del ciclo productivo); o en sentido *vertical* (sociedades interesadas económicamente en distintas fases del proceso productivo en forma sucesiva o complementaria). Las uniones contractuales más frecuentes asumen la forma de cártel o sindicato, cuyo vínculo contractual genera diversas obligaciones recíprocas, generalmente de hacer o no hacer, que varían según las circunstancias y el objetivo previsto.
- La unión financiera, mediante la participación de unas en el capital social de otras, que constituye, como bien señala la doctrina⁸, el instrumento por excelencia de la concentración por ofrecer la ventaja de su gran flexibilidad y permitir que se aumente o disminuya el número de sociedades unidas mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Fórmula generalmente utilizada para la creación de los llamados *grupos de sociedades*, en los cuales mediante una autonomía jurídica más aparente que real se logra una auténtica unidad económica. Cuando en el

⁸ Ídem.

grupo existe una sociedad dominante que ejerce poder sobre las otras que resultan dominadas estaremos en presencia de las denominadas *holding*, dedicadas solamente a la actividad de control y que logran controlar y manejar capitales muy superiores al suyo propio.

- La unión personal, en virtud de la elección o nombramiento de administradores comunes en varias sociedades.

La asociación de empresas en la era de la internacionalización de la economía hay que verla en dos vertientes totalmente contradictorias o diferentes. Por un lado constituye una vía para el gigantismo macro societario de creación y expansión de los grandes monopolios, mientras que, por otra parte, la asociación se ha convertido también en una estrategia de fortalecimiento de las empresas ante la globalización. Efectivamente, el término asociación surge como uno de los mecanismos de cooperación entre las pequeñas y medianas empresas que enfrentan el proceso de globalización de las economías nacionales⁹.

En ocasiones estas uniones o asociación de empresas han perseguido dominar el mercado de manera tal que han dado lugar a ententes, abuso de posición dominante y concentraciones empresariales prohibidas, o incompatibles con las reglas del mercado¹⁰.

La era de la globalización no solo trae consigo nuevas organizaciones empresariales y el perfeccionamiento de otras formas ya existentes, sino también nuevas formas de comerciar, como el comercio electrónico; además se manifiestan variados estilos de asociación, entre ellos se destacan, por su importancia para el desarrollo, los que promueven la cooperación en materia de ciencia y tecnología, a fin de fortalecer las capacidades nacionales en estas área, y contribuye a los esfuerzos para enfrentar los problemas globales, estimular la inversión y las asociaciones empresariales que involucren la transferencia de tecnología y de know how.

La cuestión de la transferencia de tecnología constituye, sin duda alguna, uno de los temas más controvertidos dentro del contexto de las relaciones económicas internacionales desde hace algunos años, no solo porque conforman un mercado de significativa importancia financiera, sino, más aún, por las implicaciones políticas y económicas que reviste, las cuales se aprecian con mayor nitidez en las relaciones de intercambio de los países industrializados con los países subdesarrollados.

La transferencia de tecnología posee una vinculación histórica con las Empresas Mixtas, que surge del proceso de descolonización que se desarrollara con posterioridad a la II Guerra Mundial.

⁹ Andrés GARCÍA CAIROLI: «Globalización-MERCOSUR».

¹⁰ Ver «Las Ententes y el abuso de poder dominante: Artículos 85 y 86 TCEE», en Derecho Mercantil Internacional de Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Tecnos, Madrid 1993, pp. 328 y siguientes.

4. Los procesos de integración vs. globalización

Junto a la globalización marcha la regionalización de la economía mundial. Son procesos contradictorios que marchan a un escenario de choque. La formación de bloques regionales que crean zonas preferenciales hacia el interior y excluyentes hacia el exterior son una negación de la globalización¹¹.

Por otra parte, la globalización enfrenta la paradoja de que, en ocasiones, muchas de las ventajas competitivas residen en determinados factores locales. Se ha apuntado que en una economía global, las ventajas competitivas tienen que ver, cada día más, con factores locales como el conocimiento, las relaciones y la motivación que los rivales distantes no pueden igualar, lo que le concede un papel importante a los llamados «cluster», concentraciones geográficas de empresas e instituciones interconectadas, que actúan en determinado campo¹².

Un ejemplo de «cluster» pudiera ser La Rioja, con su concentración de productores de los famosos vinos, donde se emplean herramientas de marketing comunes y se compite con imágenes parecidas en segmentos similares.

Precisamente para aprovechar las ventajas que puedan ofrecer los factores locales, y como muestra de la vigencia de los estados nacionales frente a la globalización está el camino de la integración, que como bien se ha dicho no puede ser efectuada sin atender al mercado, pero tampoco debe ser hecha sólo por el mercado¹³.

La aspiración de integración de América Latina, que data de la época de la independencia, se ha fortalecido y se ha traducido en esfuerzos concretos que promueven y justifican un acercamiento entre las naciones. Recientemente se decía por uno de los mandatarios sudamericanos en la cumbre del MERCOSUR: «Ha llegado el momento de tratar de definir si vamos a ser un continente único o si la comunidad debe ir en camino a buscar un tratado de libre comercio con Estados Unidos»¹⁴.

Por su parte los países de la Comunidad Andina de Naciones han dado recientemente pasos concretos para alcanzar un acuerdo de libre comercio con el MERCOSUR, como estrategia para fortalecer el potencial de la región ante una eventual futura negociación del ALCA¹⁵, lo que demuestra el esfuerzo por avanzar juntos en solucionar problemas comunes.

¹¹ Osvaldo MARTÍNEZ: Ob. citada.

¹² Michael PORTER: «Los “cluster” y la competencia», Seminario Globalización, Desarrollo Local y Redes Asociativas, *Boletín de Consejos Consultivos*, n.º 20.

¹³ Osvaldo MARTÍNEZ: «La utopía del mercado perfecto».

¹⁴ Gonzalo Sánchez de Losada, Presidente de Bolivia, en la reunión del MERCOSUR (conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con Bolivia y Chile como asociados), 17 de junio del 2003.

¹⁵ La Comunidad Andina de Naciones la forman Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. El 28 de junio de 2003 acordaron dar pasos para integrar con el MERCOSUR una zona de libre comercio. El ALCA, Área de Libre Comercio de las Américas, acuerdo que pretende imponer los Estados Unidos en condiciones desigual.

La integración, concebida en sentido amplio, ha sido considerada por los Estados Iberoamericanos como uno de los principales objetivos a alcanzar¹⁶.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la integración reserva al Derecho una importante función, especialmente al Derecho Internacional Privado, que cobra una relevancia esencial, como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales en relación con un sistema u ordenamiento material determinado como señala el Profesor Fernández Rozas¹⁷.

Debe tenerse presente que cualquier proceso de integración se apoya en la codificación de las principales disposiciones, en un «Derecho comunitario», por lo que la unificación legislativa en general no es un fin en si mismo, sino que constituye un medio, una especie de vía necesaria, para avanzar en los fines de la integración. Las necesidades de la integración determinarán si esa codificación podrá hacerse mediante la uniformidad o a través de la aproximación o armonía en la variedad legislativa¹⁸.

La integración es, sin duda una necesidad de supervivencia en Latinoamérica, no sólo económica, sino de supervivencia de identidad cultural, de existencia como naciones. No puede haber una conciencia nacional sin la preservación de la identidad ante esa globalización cultural actual, sin enfatizar constantemente la continuidad histórica en la vida de la nación a la cual uno pertenece.

5. La inversión extranjera en el contexto actual.

Liberalización vs. racionalidad. Los acuerdos de protección recíproca de inversiones. Crisis de un acuerdo multilateral

Entre las formas de exportación de capitales se destacan: los depósitos a corto plazo en instituciones financieras, generalmente para protegerse o especular ante posibles devaluaciones monetarias o, en su caso, para obtener mayor beneficio con el aumento del tipo de interés; las inversiones financieras o de cartera en el extranjero, que persiguen la adquisición de valores mobiliarios en un mercado financiero extranjero, y las inversiones directas en el extranjero, cuando se realizan inversiones reales que conllevan la producción de bienes o la prestación de servicios¹⁹.

La inversión extranjera directa, constituye una fuerza conductora del proceso de globalización. Como bien señala la doctrina, el auge del flujo de dicha inversión pone de relieve el importante papel de las empresas multinacionales

¹⁶ Castor M. DÍAZ BARRADO: «Iberoamérica ante los procesos de integración», Actas de la XVIII Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *BOE*, Madrid 2000, p. 23.

¹⁷ Ver Enrique NAVARRO CONTRERAS: «La ampliación de Europa y el Derecho del Comercio Internacional: los Acuerdos Europeos», editorial Alhuila, Granada, España, 2002, p. 221.

¹⁸ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: «Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho Internacional Privado», Actas de la XVIII Jornada de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, ob. citada, pp. 153 y 154.

¹⁹ Vicente SIMO SANTOJA: Ob. citada, p. 49.

en ese sentido, que ha sido facilitado por las políticas de liberalización con el objetivo de atraer la inversión extranjera, asignándole la supuesta virtud de contribuir al desarrollo. Virtud que queda distorsionada cuando la inversión penetra en un país subdesarrollado y produce cambios en la propiedad de importantes medios productivos o de servicios, lo que aumenta el control extranjero en sectores fundamentales de la economía²⁰.

Cosa distinta es cuando se estimula la inversión extranjera en las ramas y territorios donde resulte conveniente por su aporte en términos de capital, tecnología o mercado, procurando que la inversión sea efectivamente un factor de desarrollo y no un elemento inhibitor. Uno u otro resultado dependerá de que se pueda ejercer a plenitud el derecho de soberanía sobre los recursos; se fomente una industrialización que responda a los verdaderos intereses del país, sea capaz de integrarse al desarrollo de la economía, y propicie las bases para el desarrollo; que se pueda impedir que sean las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera quienes controlen, y de hecho ejecuten, un proceso deformante de la industrialización; que exista cierta capacidad para negociar, para asimilar, adaptar y desarrollar tecnologías locales y, especialmente, una política que estimule y fomente la actividad del sistema nacional de ciencia y técnica como vía para alcanzar el número mínimo necesario de técnicos calificados y los niveles técnicos requeridos para emprender el desarrollo.

De ahí que, como bien concluye el Profesor Fernández Rozas, se asiste en la actualidad a dos etapas en la elaboración de normas en materia de inversión extranjera, una primera en que el acento se pone en la soberanía estatal y por ello en la legislación nacional o la regulación pactada bilateralmente entre los dos Estados implicados directamente (los llamados APRI, Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones), y una segunda, que denomina mundializadora, tendente a la elaboración de normas a un nivel más amplio, en consonancia con la globalización de la inversión y de las economías nacionales (el famoso AMI, Acuerdo Multilateral sobre Inversiones, que, según la propia fuente, amenazaba con ser el mecanismo principal de la más profunda y generalizada desregulación de los flujos de inversión), y cuyo rechazo es muestra evidente del movimiento de rechazo a la globalización²¹.

6. Las empresas mixtas: Concepto, características y clases²²

CONCEPTO

Antes de ofrecer un concepto es necesario pasar revista, aunque sea brevemente, a algunos de los que se han dado en la doctrina. También es preciso ad-

²⁰ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: «Sistema...», pp. 311 y 312.

²¹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: «Sistema...», pp. 316 a 322.

²² Sobre el concepto, características y clases de la joint venture, puede verse: Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ: «Las empresas mixtas, regulación jurídica», IBERCÁN, España, 1993, pp. 1 a 13, y Fernando ESTEBAN DE LA ROSA: «La joint venture en el comercio internacional», Editorial COMARES, Granada, 1999, pp. 28 a 30.

vertir que no sólo encontraremos distintos conceptos o definiciones, como es obvio siempre que se consulta el criterio de diferentes autores, sino, además, veremos que la propia institución recibe distintas denominaciones: empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales, *joint venture* y otras.

Asimismo veremos cómo a pesar de la diferencia de criterio con respecto al concepto, aparecerán elementos repetitivos en el tipo legal que examinamos por lo que van a resultar sus características, y como éstas, a su vez, nos habrán de llevar a la clasificación de estos negocios en dos formas o clases diferentes. Por ello el concepto, las características y las clases de empresas mixtas están íntimamente entrelazados.

Se ha dicho que una *joint venture* o sociedad mixta es una forma de colaboración con reparto de los riesgos y del control entre dos o varias personas o unidades económicas²³, y se describe como: una acción conjunta, con un mínimo de dos socios que pueden tener un carácter privado o público; un objeto lucrativo perfectamente determinado; una contribución de cada socio; una colaboración de larga duración; y una forma que permita amplia diversificación y gran flexibilidad.

Esta última característica resulta fundamental, porque permite adaptar el negocio a los objetivos propuestos y, lo que es además de suma importancia, a las exigencias de la legislación de los países en los cuales pretende establecerse la empresa. Para ello, el contrato que registra la participación de una empresa mixta podrá dar origen a una organización de hecho, lo mismo que a una sociedad de capitales que posea personalidad jurídica, patrimonio y responsabilidades propias, diferentes de las de cada uno de los socios, así como a cualquier otra forma intermedia, de asociación o sociedad de personas.

Otros autores insisten en la presencia de la aportación tecnológica —o sea, de la transferencia de tecnología entre el socio extranjero y el socio local— por lo que ciñen el tema objetivo de examen a los llamados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) «países en vías de desarrollo».²⁴

Sin embargo, otros pasan por alto la cuestión de la transferencia de tecnología e insisten en la participación efectiva de los socios en las responsabilidades del financiamiento y dirección de la empresa conjunta, considerada como una entidad distinta de cada uno de los socios (con personalidad jurídica propia).²⁵ No faltan quienes sostienen que «una *joint venture* es una forma de colaboración entre varias empresas que conservan su independencia, cuya colaboración se realiza en el seno de una empresa común totalmente diferenciada mediante una aportación de *know how* y una participación en el capital social».²⁶

²³ Definición del Congreso Flamenco de Ciencias Económicas. Ver en Oficina Belga de Comercio Exterior: «Las sociedades mixtas», en revista *Mercado Común Internacional*, Barcelona, España, fascículo 46, 1971, p. 2.

²⁴ W.G. FRIEDMAN y G. KALMANOFF: *Joint International Business Venture*, Columbia University, New York, 1961 (considerada por muchos como la obra más importante sobre empresas mixtas).

²⁵ Ídem.

²⁶ Van HILTEN: *Joint venture*, cita de la Oficina Belga de Comercio Exterior. Ob. citada.

En esta definición encontramos dos elementos claves: la creación de una entidad jurídica distinta a la de los socios, y por ende, la participación de éstos en un nuevo capital social, y la aportación tecnológica o transferencia de tecnología.

No obstante, es bueno advertir que para la mayoría de los autores norteamericanos y para ciertos organismos e instituciones, la constitución de una nueva entidad con personalidad jurídica propia es accesoria, ya que la transferencia de *know how*, o tecnología en general, puede asumir variadas formas y originar una participación tan activa en la vida y el control de la empresa receptora de esa aportación tecnológica, que se puede considerar como empresa mixta siempre que esté presente el otro elemento: la participación en los riesgos y beneficios. Para este grupo de autores, los elementos característicos de las empresas mixtas son: la aportación tecnológica y la participación en los riesgos y beneficios.

Algunos, para ofrecer un concepto o definición de esta institución, se basan precisamente en la distinción entre la simple *joint venture*, que no crea una nueva persona jurídica, y la *equity joint venture*, también llamada *joint venture corporation*, y que es aquella variedad de *joint venture* en la que los participantes instrumentan la cooperación a través de una sociedad conjunta. En este último caso, será precisamente, como se ha dicho, la nueva sociedad mercantil el verdadero instrumento de la cooperación, por lo que a fin de valerse de ella, para llevar a cabo la colaboración conjunta, los socios participantes crean una estructura societaria prevista y regulada por el Derecho de un país determinado.²⁷

Muy interesante, por ser flexible y a la vez didáctico, es el concepto dado por la citada Oficina Belga de Comercio Exterior que brinda una definición que podemos calificar de criterio enumerativo, ya que incluye en el concepto los elementos que en su opinión más generalmente han sido admitidos, al enunciar que «una empresa conjunta es una forma de colaboración entre empresas, caracterizada por: una participación en los riesgos y los beneficios correspondientes a las actividades que son objeto de un acuerdo; una participación en el control financiero de las operaciones que resulten de estas actividades; una transferencia de *know how* y una forma jurídica ágil, capaz de adaptarse a las distintas legislaciones nacionales y a las diversas organizaciones que adopten los socios».²⁸

Por su parte, los autores Durand Barthez y Baptista, en su obra «La Asociación de Empresas (joint venture) en el Comercio Internacional»²⁹, siguen un criterio parecido al señalar varios caracteres o elementos del tipo legal para la definición de *joint venture*, como son: origen contractual de naturaleza asociativa, inexistencia de una forma específica, participación en los aportes y riesgos, participación en la gestión o control, objetivo determinado y tiempo limitado.

²⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: Ob. citada.

²⁸ Oficina Belga de Comercio Exterior. Ob. citada.

²⁹ Durand BARTHEZ y L.O. BAPTISTA: «Les association d'entreprises (joint venture) dans le commerce international». 2da. edición LGDJ, París, 1991, pp. 50 y 51.

La importancia del análisis de las anteriores definiciones, radica en fijar criterios distintivos de esta forma de asociación que constituyen las empresas mixtas. Aunque parezca una «verdad de Perogrullo», es importante advertir que: «Toda negociación entre nacionales y extranjeros no puede considerarse como *joint venture*, que sólo existe cuando la asociación implica un riesgo conjunto. Sólo hay *joint venture* cuando se unen recursos y se comparten las ganancias y las responsabilidades, con independencia de que se constituya o no una nueva persona jurídica».³⁰

Una interesante distinción en cuanto al concepto de «joint venture» es la que hace el autor español F. Esteban de la Rosa, al clasificar las definiciones dadas en amplias y estrictas, en atención al mayor o menor número de supuestos de cooperación entre empresas a los cuales se reserve el calificativo de joint venture. Así, entre las concepciones amplias la joint venture se equipara a la cooperación entre empresas, o sea cualquier tipo de contrato de carácter cooperativo. Por su parte, las definiciones estrictas, según el autor, son las que brindan un enfoque particular, entre las que cita aquellas que proponen un elenco de elementos constitutivos, o frecuentes, en la joint venture.

CARACTERÍSTICAS

Si examinamos detenidamente los elementos que integran los distintos conceptos brindados, encontraremos caracteres repetitivos que se suceden con mayor frecuencia, por lo cual la agrupación de tales conceptos que resultan el denominador común de las distintas definiciones, nos conduce a los elementos generalmente admitidos en la doctrina especializada como características de esta forma de asociación, y que constituyen, por tanto, sus rasgos distintivos: Dos o más socios de diferentes países; acción conjunta de los socios; objetivo determinado; participación en la contribución; participación en los riesgos y beneficios; participación en el control financiero; transferencia de tecnología; y agilidad y flexibilidad en la forma para adaptarse a los requerimientos de la legislación.

Veamos, al menos brevemente, la esencia de cada una de estas características.

- 1) *Dos o más socios de diferentes países*: Una empresa mixta no es una sociedad mercantil cualquiera; requiere para su consideración como tal, en primer término, que al menos existan dos partes de diferentes países: socio local e inversionista extranjero.
- 2) *Acción conjunta de los socios*: Una joint venture es, una unión para la aventura en común; presupone, pues, la acción conjunta, decidida y coordinada de los socios en forma complementaria y recíproca hacia el logro del objetivo propuesto.

³⁰ Charles Lipton, especialista del Centro de Empresas Transnacionales de la Organización de las Naciones Unidas; intervención en el Seminario sobre Empresas Mixtas, La Habana, 1983.

- 3) *Objetivo determinado*: La empresa mixta es una fachada política que tiene tras de sí un contenido económico.³¹ Este contenido se expresa en su objetivo que será el resultado de la conciliación de los intereses particulares de los socios (nacional y extranjero).
La empresa mixta resultará, pues, el medio, modo o forma de lograr el objetivo que permita la materialización de los intereses que coordinadamente persigan las partes. Por tanto, tiene un objetivo determinado y específico.
- 4) *Participación en la contribución*: Cada parte debe realizar su contribución a la empresa o asociación y este aporte, cuando no se trate de capital en efectivo, debe ser susceptible de resultar valorizado.
- 5) *Participación en los riesgos y beneficios*: Es éste uno de los elementos que con más insistencia señalan los especialistas como una característica de las empresas mixtas. Si no hay riesgo conjunto, no hay empresa mixta.
- 6) *Participación en el control financiero*: Ésta es una consecuencia de la participación en los aportes o contribución. Quien aporta y arriesga, quiere controlar. El control financiero y de la gestión se puede realizar con independencia de que la empresa en común adopte o no la forma de sociedad mercantil.
- 7) *La transferencia de tecnología*: El término empresa mixta está íntimamente ligado al traspaso de conocimientos tecnológicos. Como vimos al analizar algunas de las definiciones más importantes sobre la institución que examinamos, no todos los autores coinciden en que este elemento es imprescindible para la consideración del negocio como una joint venture o empresa mixta. Sin embargo, resulta evidente que la mayoría de las posiciones doctrinales así lo consideran. Para muchos, resulta inclusive una forma importante y precisa de aportación.
La transferencia de tecnología puede asumir variadas modalidades, y la instrumentación jurídica de ésta en el marco de la negociación de la empresa mixta, también, ya que la empresa puede requerir o tener como presupuesto importante para la negociación, el otorgamiento, utilización o traspaso de una licencia de patentes; el aporte de proyectos, datos o dibujos técnicos; de asistencia técnica o *know how*.
Desde el punto de vista técnico-jurídico, estos acuerdos pueden formar parte del propio convenio de asociación o recogerse en acuerdos por separado, en atención a las características del negocio y a la presencia en un mismo negocio de una o varias, conjuntamente, modalidades de la transferencia de tecnología.
- 8) *La agilidad y flexibilidad en la forma para adaptarse a los requerimientos de la legislación*: Es ésta realmente una de las características más significativas de las empresas mixtas. Una forma ágil y flexible, capaz de conciliar los intereses de las partes y, al propio tiempo, de establecer

³¹ Charles LIPTON: ob. cit.

una plataforma jurídica apropiada al negocio, dentro del marco legal establecido en el país.

Muchos consideran que ésta es la nota distintiva por excelencia de las empresas mixtas, la ONUDI, al referirse a la posibilidad de formular modelos de acuerdos para estas asociaciones, que pudieran servir de guías para los interesados, en cumplimiento de una recomendación realizada en el Simposio de esa organización, celebrado en Atenas en 1967, señaló al respecto que «la utilidad y popularidad de las empresas mixtas se debe precisamente al número casi infinito de posibles combinaciones de términos y condiciones a que se prestan los acuerdos de constitución de este tipo de empresas».³²

Efectivamente, la instrumentación jurídica de las empresas mixtas puede ir desde un solo contrato de asociación, para aquellos casos en que no se constituya una nueva entidad, o sea para la llamada asociación contractual, hasta la creación de una sociedad mercantil, para los casos de la llamada empresa mixta propiamente dicha (equity joint venture o joint venture corporation). En estos casos la empresa mixta adoptará cualquiera de las formas establecidas para las sociedades mercantiles en un Estado determinado.

CLASES

Ya adelantamos, al estudiar el concepto y las características de las empresas mixtas, que hay dos clases fundamentales de estas asociaciones económicas: la asociación contractual y la empresa mixta propiamente dicha.

Este criterio de considerar como *joint venture* o empresa mixta a la asociación económica, aun en el caso que no crea una nueva persona jurídica, es mayoritario en la doctrina. Desde esta óptica la fórmula de asociación es accesoria al concepto de empresa conjunta o sociedad mixta, y consideran como tal, tanto a la que crea una nueva persona jurídica, como a la que no lo hace. De ahí que se hable de dos clases o formas de empresas mixtas: la incorporada, que crea una nueva persona jurídica, y la asociación contractual, que no constituye una nueva persona jurídica distinta a la de los asociados.

Para la ONUDI existen dos tipos fundamentales de asociación mixta: la contractual y la empresa mixta propiamente dicha, que se caracteriza por ser una sociedad de participación en el capital. Igualmente el Centro de Comercio Internacional hace distinción entre la Joint Venture Contractual y la Joint Venture Incorporada.

Se han formulado en la doctrina otras clasificaciones o modalidades de *joint venture*, y así tenemos: *joint venture* horizontales, verticales y conglomerado, en atención a las relaciones entre el ámbito de actividades propias de los participantes y el del negocio conjunto. Se ha hecho distinción también entre las *joint ventures* entre particulares, entre éstos y el Estado, y *joint ventures* entre Esta-

³² ONUDI: Ob. cit., p. 1.

dos, atendiendo de esta manera a la cualidad de los integrantes o participantes en la asociación. Otras clasificaciones se han realizado atendiendo a las funciones de la *joint venture* o modalidad del negocio (para la ejecución de proyectos puntuales; cooperativos; concentrativos y de inversión³³). Todas estas clasificaciones resultan, sin dudas, interesantes para el estudio de la institución, pero carecen de mayor interés desde el ángulo de la práctica de la instrumentación jurídica, ya que, al igual que como sucede con la clasificación de las sociedades mercantiles, lo importante para la distinción radica en la naturaleza de la relación entre los socios, la limitación de la responsabilidad y la forma organizativa, con independencia de la actividad a la que se dediquen, aunque esta última pueda incidir, a su vez, en la estructura y organización de la actividad empresarial.

Es importante distinguir las formas que adoptan la empresa mixta de otras fórmulas de asociación. Recuérdese que todo contrato asociativo no es una empresa mixta. Así, por ejemplo, no hay empresa mixta en aquellas formas de cooperación puramente contractual, como: acuerdos de exclusividad, contratos de elaboración o fabricación conjunta, contratos de suministros recíprocos, contratos de compraventa en común, constitución de Consorcios o Carteles y otros. Estas son formas de asociación en las que no hay participación conjunta en la propiedad, ni transferencia de recursos, como requiere la empresa mixta, tampoco hay participación conjunta en la gestión como requiere la «asociación contractual», aunque tienen lugar mediante fórmulas contractuales evidentemente asociativas a través de las cuales se organiza una colaboración estable entre dos o más empresas, bien sea en el campo de la producción, o en el de la distribución, organización de ventas, asignación de mercados, exportación conjunta, división del trabajo o la creación de otros mecanismos que signifiquen una colaboración conjunta.³⁴

Por otra parte hay que distinguir la empresa mixta propiamente dicha (*equity joint venture*) de la fusión internacional de sociedades, ya que esta significa la extinción, al menos, de una de las sociedades que se unen y, además, en la empresa mixta cada parte conserva su propia estructura u organización empresarial independiente de aquella a la que han dado vida en la asociación. La empresa mixta no es tampoco una simple filial de otras sociedades preexistentes, ya que ello supone una relación de dependencia a un grupo de sociedades, mientras que, por el contrario, las sociedades que forman la empresa mixta son independientes.³⁵

³³ Ver ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: Ob. citada, pp. 20 a 27.

³⁴ Ver «Las nuevas potestades económicas», de Vicente L. SIMO SANTOJA, Editorial TECNOS, Madrid, 1976, pp. 64 a 66.

³⁵ Ver Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ: Ob. citada, p. 12; Fernando ESTEBAN DE LA ROSA: Ob. citada, p. 30, y Vicente SINO SANTOJA: Ob. citada, p. 64.

UNIDAD 2. LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA MIXTA

1. La negociación previa: La carta de intención y los acuerdos marcos

Todo contrato mercantil es precedido de una negociación que puede resultar simple o compleja, en atención a la índole del negocio que tiene por objeto, al número y nacionalidad de las partes y a distintas razones que varían no sólo por las características del negocio, sino también por las de la propia plaza contractual. Entre los contratos mercantiles, el de sociedad reviste gran importancia, al resultar el más sustraído a la autonomía de la voluntad, dadas las influencias que ejercen en la constitución y funcionamiento de la sociedad el Derecho local.

Si a la especial importancia que posee el contrato de sociedad le sumamos que en el caso de la empresa mixta se trata de un contrato internacional de contenido económico que se caracteriza, de una parte, por la presencia del elemento extranacional en la relación jurídica (inversionista extranjero), lo que hace que al menos teóricamente puedan resultar aplicables también leyes de diferentes países, y de otra parte, comprende generalmente proyectos fundamentales para el desarrollo del país, que poseen, a su vez, una doble importancia: por el monto o valor de la inversión y por la significación que la actividad lucrativa prevista pueda representar para el país de que se trate, tendremos entonces que la negociación de una empresa mixta adquiere una trascendencia extrema.

Es frecuente en nuestros días que el deseo manifiesto de asociarse, con el cual concluyen los primeros contactos entre las partes, se exprese mediante una *carta de intención*. Pero, ¿qué es una carta de intención? ¿Se trata de un compromiso de valor jurídico y fuerza vinculante o, por el contrario, consiste sólo en un documento que recoge ideas, que no van más allá de la intención? ¿Surge de ella la obligación de realizar o llevar a efecto el negocio previsto, o, en todo caso, sólo otorga un derecho de prioridad recíproco entre las partes a los efectos de que ese negocio específico no pueda darse con un tercero?

A diario, ejecutivos de compañías o sociedades mercantiles suscriben cartas de intención y muchas veces se desconocen las condiciones bajo las cuales se incurre en la obligación de ejecutarla en los términos previstos.

La primera cuestión que mueve al debate sobre el tema, es la naturaleza jurídica de la carta de intención. La ausencia de regulaciones jurídicas específicas han llevado a análisis de instituciones que guardan cierta afinidad con ella a los efectos de determinar si puede subsumirse en alguna de éstas. Tres instituciones del derecho civil y mercantil parecen capaces de dar respuesta a los problemas que plantea la carta de intención: la promesa de contrato, la obligación condicional y la obligación a término. Pero, a pesar de que la promesa contractual, como la obligación a término y la condicional, parece tener vocación para regir una relación jurídica surgida en virtud de una carta de intención, no sería acertado afirmar que siempre la carta de intención ha de constituir una de estas instituciones, ya que en muchos casos no configura una verdadera obligación, por lo que, para muchos especialistas, la verdadera carta de intención, o sea, la carta de intención propiamente dicha, es aquella que en puridad las partes han tenido

cuidado de prever que ninguna obligación surgirá para ellas hasta que no se suscriba un contrato final, y ni siquiera asumen la obligación de llegar a éste. Sin embargo, es necesario no confundir la carta de intención con la mera oferta, o con la promesa no aceptada, que no son más que antecedentes del contrato, ni con los tratos, tanteos y discusiones que suelen preceder a la celebración del contrato, que forman parte de la negociación previa y no vinculan aún a las partes, las que pueden, en ese estado de la negociación, manifestar su disentiimiento en forma lícita y sin incurrir en responsabilidad contractual. Y es que la fuerza vinculante de la carta de intención no depende del nombre del documento, ni de su formalidad, ya que si así fuera perdería su utilidad práctica. Es necesario atender a la verdadera intención de las partes, y para ello habrá que tomar en cuenta: el contenido del documento, sus términos, vocablos, expresiones; el contexto de la negociación en general; la existencia o utilización de condiciones abiertas; la necesidad o no de cumplimientos parciales, o sea, de tareas inmediatas a ejecutar por las partes para lograr el objetivo propuesto, y la sujeción a una formalidad ulterior, final, prescrita para el negocio de que se trate.

Una carta de intención puede ser un documento declarativo que recoge la intención de las partes en el sentido de hacer constar su interés en llegar a acuerdos posteriores para una asociación, sin que asuman ninguna obligación para ello. Puede servir entonces, en esos casos, para demostrar la existencia de la posibilidad de un negocio determinado con el objetivo de obtención de créditos o financiamiento necesarios para materializar aquél. Una carta de intención puede ofrecer también la posibilidad de un determinado negocio bajo ciertas circunstancias u otorgar prioridad a una de las partes para asociarse y ya en estos casos tendrá fuerza vinculante en virtud de que las partes asumen ciertos compromisos. La mayoría de las veces las cartas de intención constituyen contratos preliminares y entonces los términos de su redacción deben ser cuidadosamente concebidos y redactados mediante la sujeción a término o a condición suspensiva, o advertir claramente que ninguna obligación surge para las partes de no llegarse a ulterior acuerdo en el contrato definitivo.

Para muchos hombres de negocio y abogados dedicados a la actividad mercantil, la carta de intención es, efectivamente, un contrato que no ha sido instrumentado en su forma final. Ahora bien, es importante cerciorarse que quede suficientemente claro para ambas partes que ninguna obligación surgirá hasta la concertación final de un contrato posterior. Incluso no es suficiente supeditar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la carta de intención al contrato definitivo ya que puede ser compelida una de las partes por la autoridad competente, a instancias de la otra, para la suscripción del contrato; por ello, los especialistas recomiendan que a fin de lograr protección de las responsabilidades emergentes de una carta de intención es imperativo que desde el comienzo mismo se indique claramente que todas las manifestaciones de intención están condicionadas y serán vinculantes sólo en el caso de la formalización de un contrato definitivo satisfactorio para ambas partes.

En la práctica, es frecuente que las partes avancen en las negociaciones sin hacer indicación expresa de que aún no se proponen vincularse obligatoriamente. En esos casos, la experiencia internacional demuestra que los tribunales

suelen indagar en la voluntad de las partes, desentrañando de entre los términos y conceptos de la carta de intención si ésta tiene fuerza vinculante o si, por el contrario, depende la exigencia y eficacia de las obligaciones que contiene de la materialización de otro contrato ulterior, definitivo, para lo cual se acude a las cuestiones antes indicadas.

Cuando la carta de intención constituye una clara oferta y aceptación, y no quedan condiciones pendientes de negociar que sean determinantes, o no se expresa claramente que las partes entienden que el acuerdo no resulta vinculante hasta que no se suscriba un contrato definitivo, la corte, juez o tribunal fallará sin dudas a favor de su carácter vinculante; de ello existen abundantes ejemplos en la práctica internacional y en la doctrina especializada. Es más, hay casos en los cuales, a pesar de que las partes han señalado expresamente la dependencia de la carta de intención a la discusión y firma de un contrato posterior, la Corte ha determinado que no existen condiciones pendientes de ser negociadas; que las partes han llegado a un acuerdo sobre las condiciones fundamentales del negocio y que se ha integrado un contrato totalmente efectivo, obligando al demandado a suscribir el contrato definitivo, o a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados al haber actuado en la creencia de que el negocio era efectivo.

Por ello, hay que tener presente que cuando la mayoría de las condiciones del contrato han quedado determinadas y las partes han omitido señalar expresamente que no se comprometen u obligan hasta que no sea negociado un contrato posterior, la carta de intención será sin dudas un contrato efectivo, o al menos una promesa de contrato, y los tribunales impondrán la obligación de negociar de buena fe, a fin de concluir el contrato y el negocio previsto.

Sobre esta cuestión, en la jurisprudencia norteamericana (precedente judicial) se ha impuesto la teoría conocida en la doctrina de ese país como *Promissory Estoppel*,³⁶ consistente en la imposibilidad de rechazar las obligaciones provenientes de un contrato, acuerdo o convenio en razón del compromiso asumido. Es una promesa que no puede negarse ante la ley; consiste en un acto o afirmación que coloca a una parte en la imposibilidad de negar legalmente lo que ha manifestado y acordado, y le impide oponer a la contraparte excepciones a los daños o perjuicios que reclama haber sufrido.

La *Promissory Estoppel* puede ser aceptada por el tribunal, y consecuentemente impuesta la obligación e indemnizar a la otra si la carta de intención resulta: una promesa clara, sin ambigüedades; una confianza razonable, permisible para aquel a quien se le ha hecho la promesa, y un perjuicio sufrido en razón de la confianza depositada en la promesa.³⁷

El tratamiento jurídico de la carta de intención debe ser, pues, el de un contrato, ya que si no ha sido cuidadosamente redactada, haciendo depender el

³⁶ Ídem, pp. 6-7.

³⁷ Un interesante análisis sobre la promesa como raíz del contrato, su fuerza vinculante y el tratamiento en el precedente judicial, puede verse en «El Derecho Contractual en Estados Unidos», Arthur Rosett; «El Derecho de Estados Unidos en torno al Comercio y la Inversión», National Law Center for Interamerican Free Trade, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, pp. 131 y siguientes.

cumplimiento de su contenido a la suscripción de un documento posterior y sin siquiera asumiría obligación de llegar a éste, resultarán de ella obligaciones que deberán cumplirse, ya que, paradójicamente, sin ser en puridad un contrato, resulta en la práctica una promesa contractual, mediante obligaciones sujetas a término o a condición.

Como se sabe, toda sociedad mercantil se *concibe* en un negocio de constitución y *nace* como persona jurídica a la vida de relación por su inscripción en el Registro, entre ambos momentos se desarrollan las fases de la fundación, que en el caso de la sociedad anónima (modalidad de sociedad mercantil que generalmente adoptan en el derecho comparado las empresas mixtas) atraviesa por tres fases decisivas: la instrumentación jurídica, la aportación del capital y la inscripción en el Registro.

La *instrumentación jurídica* de las sociedades anónimas se basa en el otorgamiento de la escritura social y la redacción de los estatutos sin embargo, en el caso de las empresas mixtas, aun cuando suelen adoptar la forma de sociedad anónima, se utilizan generalmente, en casi todos los países, tres documentos jurídicos: el convenio de asociación, la escritura social o de constitución y los estatutos.

Y es que la empresa mixta, según vimos al analizar sus características, es una modalidad sui generis de sociedad mercantil, por lo que podríamos afirmar que se *concibe* antes de su constitución, precisamente con el convenio de asociación con el cual concluye, por lo general, la etapa de negociación previa.

2. El convenio de asociación o «joint venture agreement». Modalidades. Convenios o contratos satélites

El *convenio de asociación*, conocido internacionalmente como *joint venture agreement*, es un pacto entre socios, o futuros socios (ya que la mayoría de las veces se suscribe con anterioridad al acto formal de constitución de la compañía), mediante el cual las partes convienen las bases fundamentales del negocio o actividad que pretenden desarrollar en común. En muchos países se utiliza como un acuerdo parasocial (entre socios), en el que se recogen cuestiones que la legislación local no permite incorporar a la escritura de constitución. Casi siempre, como se ha dicho, es previo a la constitución de la compañía; otras, es coincidente con este acto; como un complemento jurídico para todo aquello que por su complejidad o peculiaridad amerita un acuerdo por separado del propio de constitución de la empresa mixta; menos frecuente, aunque posible, es que se trate de un documento posterior, lo que puede darse cuando la *joint venture* o empresa mixta surge a partir de una sociedad preexistente.

Es también la forma de instrumentación jurídica de la *joint venture* que no crea una nueva persona jurídica, o sea, de la asociación contractual.

El Convenio de Asociación es el documento básico para la constitución de una *joint venture* o empresa mixta; es la plataforma jurídica de la negociación global, ya que la escritura social se refiere a la constitución de una sociedad mercantil que serviría como base de operaciones fundamental de la asociación

pretendida, y los estatutos, a la vida interna de dicha sociedad, por lo que estos dos últimos documentos nada tendrán que ver con otros pactos colaterales al de constitución de la sociedad, y que, sin embargo, resulten indispensables en el balance general de la negociación, y, casi siempre, los más importantes, los que desarrollan la razón de ser de la asociación, de la constitución de un negocio conjunto, como con los que puedan referirse a otorgamientos de créditos, delimitación de mercados, concesión de patentes o marcas, obligaciones operacionales o de gestión, sistemas de ventas, u otras contraprestaciones que las partes hayan acordado como fundamento de la sociedad o empresa mixta que se pretende crear.

Se ha discutido sobre la conveniencia y factibilidad de contra con un prototipo de convenio de asociación para empresas mixtas, para algunos y, tal vez no sea viable elaborarlo, al extremo que la propia ONUDI reconoció que había mostrado excesivo optimismo al recomendar, en el simposio celebrado en Atenas en 1967, la formulación de un modelo de acuerdo de empresa conjunta o mixta que pudiera calificarse debidamente típico o servir de modelo para otros acuerdos.³⁸ Y es que el convenio de asociación debe adaptarse, en primer lugar, a las características del negocio de que se trate y, en segundo término, a los requerimientos de la legislación local, unas veces porque debe ajustarse a ésta y otras —cuando el principio de libertad contractual así lo permita— recogerá cuestiones que no suelen incluirse en la escritura de constitución. Además, es frecuente, también que los socios regulen sus derechos mediante una serie de acuerdos conexos, y no en un acuerdo o convenio único. No obstante, en fecha más reciente, el Centro de Comercio Internacional ha ofrecido dos Contratos modelos para esa forma de asociaciones de empresas, y así tenemos: el «Contractual Joint Venture Contract» del CCI, y el «Incorporated Joint Venture Contract», del CCI, bien se trate de una Asociación Contractual o de una Empresa Mixta o Incorporada.³⁹

De todas formas, el convenio de asociación más frecuente es el de constitución de la empresa mixta propiamente dicho, o sea, aquél que regula los derechos de los asociados en lo que concierne al establecimiento y explotación de la empresa; y contiene, por tanto, los pactos fundamentales sobre los que descansan las bases de la negociación. Las restantes estipulaciones se pueden incluir bien en el citado convenio o en acuerdos independientes. Cuando dichas estipulaciones hagan referencia a materias complejas y puedan separarse de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales de las partes interesadas, parece ser una mejor práctica jurídica que tales estipulaciones se recojan en un documento independiente. Así, pueden utilizarse acuerdos separados relativos a materias como marcas de fábricas, nombres comerciales y licencias de patentes; la prestación de asistencia técnica y traspaso de *know how*; la ingeniería y construcción; las cuestiones de comercialización; la creación de una red de sucursales, filiales u otras empresas conexas.

³⁸ ONUDI: Ob. cit., p. 11.

³⁹ Ver Centro de Comercio Internacional, n.º 4/2002, p. 20.

Algunos autores se inclinan por la preparación de varios convenios, a partir de los llamados «convenio base» por un lado y «convenio o contrato conexo o satélite»⁴⁰. Sin embargo en la práctica es más frecuente sólo el acuerdo base (convenio de asociación o joint venture agreement) aunque, evidentemente, en negocios complejos donde coinciden distintas contraprestaciones u obligaciones de las partes, vinculadas a la idea central de constituir una sociedad o empresa mixta pero necesitados de una instrumentación jurídica por separado, serán necesarios distintos convenios que aunque independientes formalmente, estarán íntimamente relacionados entre sí, formando todos ellos la plataforma jurídica de la negociación global que resulte el objeto principal o causa de la asociación. En estos casos, parece ser una buena técnica vincular todos los acuerdos conexos al acuerdo base mediante referencias de este a aquellos, lo que permitiría, no sólo su mejor manejo sino facilitar su régimen jurídico, ley aplicable, como veremos más adelante.

Es necesario distinguir entre los llamados «convenios conexos» y los denominados por la doctrina «contratos satélites». Los primeros son parte integrante del convenio de asociación, aunque tengan una expresión formal por separado, son suscritos entre las propias partes del convenio base y persiguen la instrumentación jurídica de aquellos aspectos que aunque pudieran formar parte del acuerdo base, harían de este un convenio complejo, por lo que se vinculan sólo con una referencia y se redactan por separado, incorporándose como anexo y parte integrante del mismo, y tienden a completar, definir e instrumentar obligaciones de las partes, principalmente aportaciones específicas como: licencias, créditos o financiamiento, concesiones de mercado y otros cuyo carácter especial aconseja la redacción por separado del convenio base.

Por otra parte, con la denominación de «contratos satélites» la doctrina identifica aquellos contratos entre uno de los socios de la empresa mixta y la propia sociedad, que instrumentan un paso necesario para la consecución del objeto social de esta. Son contratos que, aunque generalmente preconcebidos de antemano y forman parte de la negociación global, requieren de una instrumentación posterior ya que una de las partes contratantes sería, precisamente, la propia empresa mixta, inexistente aún al momento de la suscripción del convenio de asociación.

La calificación de «contratos satélites» utilizada por los autores Baptista y Durand Barthez⁴¹ ha recibido también otras denominaciones como, contratos de ejecución, contratos separados, y otros. Sin embargo, como bien se ha dicho⁴², su característica fundamental no está en el objetivo del desarrollo negocial de la empresa mixta, sino en el elemento subjetivo dado por la presencia de uno de los socios y la propia sociedad mixta. En este sentido se aprecia que la doctrina utiliza las denominaciones anteriores indistintamente, por lo que hemos prefe-

⁴⁰ Fernando ESTEBAN DE LA ROSA: Ob. citada.

⁴¹ L.O. BAPTISTA y P. DURAND BARTHEZ: «Les association d'entreprises (joint venture) dans le commerce international», París 1986, p. 91.

⁴² F. ESTEBAN DE LA ROSA: Ob. cit., pp. 42 y 43.

rido distinguir entre unos y otros, y llamar contratos conexos a todos los que se suscriben entre las partes como complemento del Convenio de Asociación, y reservar el nombre de «satélites» sólo para aquellos que suscribe la propia sociedad.

En cuanto a la utilización de los llamados «contratos satélites» es frecuente en aquellos casos donde uno de los socios es «fuerte» en la actividad esencial de la empresa mixta o en materia necesaria para su funcionamiento. Un ejemplo frecuente lo encontramos en aquellas empresas mixtas del turismo donde una Cadena Hotelera extranjera participe como inversionista, formando parte de la sociedad extranjera, y, a la vez, se prevea su actuación como «Gerente» del complejo hotelero objeto de la asociación. En estos casos, generalmente, el convenio de asociación recogerá el acuerdo de las partes para que, posteriormente la empresa mixta suscriba el correspondiente Contrato de Gestión Hotelera con la Cadena.

Los otros dos documentos jurídicos que forman parte de la instrumentación de la empresa mixta serán la escritura de constitución o escritura social, como acto generador de la sociedad, documento del negocio jurídico de constitución, y los estatutos, que, como se sabe, son el complemento de la escritura social y se refieren no a las partes, sino a la sociedad; no al acto de asociación, sino a la sociedad ya constituida, a su funcionamiento. Representan la norma constitucional de la sociedad y rigen su vida interna con preferencia sobre cualquier otra disposición, salvo las de la ley que tengan carácter coactivo.

Los estatutos determinan la organización de la sociedad y regulan las relaciones internas entre los socios y delimita las facultades y eficacia de los órganos a los cuales corresponde la dirección, gestión y representación.

La redacción de los estatutos constituye una de las etapas más importantes en la instrumentación jurídica de la empresa mixta, se desarrolla en el período fundacional que precede ordinariamente al otorgamiento de la escritura de constitución ya que, por lo general, las partes llegan primero a acuerdo sobre el convenio de asociación, que recoge las bases fundamentales; luego redactan y aprueban los estatutos y por último van al acto de constitución, acompañando a la escritura social ambos documentos.

Hay que tener presente que unos estatutos deficientes no sólo van a perturbar y obstaculizar el desenvolvimiento y la actividad de la sociedad, sino, además, pueden ocasionar consecuencias fiscales y económicas perjudiciales; por ello, es materia a la que hay que dedicarle tiempo y cuidado; atención y estudio. En la concepción de los estatutos se han recomendado en la doctrina tres reglas o principios:⁴³

- 1) La libertad que la ley reconoce a las sociedades anónimas no rige, cuando hay normas imperativas para su vida y régimen.
- 2) Las normas incompatibles con los principios legales no pueden adquirir validez por medio de contratos accesorios,

⁴³ Gay DE MONTELLÁ: «Diccionario de Derecho Privado», Editorial Labor, S.A., tomo I, p. 1.837.

- 3) Los preceptos estatutarios son siempre subsidiarios de la Ley (aunque en algunos casos la propia Ley da primacía a las normas estatutarias).

4. Pactos esenciales

EL APOORTE DEL CAPITAL

El desembolso de capital o pago del importe de las acciones podrá ser total o parcial y podrá ser también en dinero o en bienes, siempre que éstos sean susceptibles de valoración. La doctrina señala como modalidades del pago del importe de las acciones en una empresa mixta, las siguientes: efectivo; maquinaria y equipos; bienes inmuebles (terrenos, edificaciones); bienes de carácter industrial, incluyendo patentes, marcas comerciales, datos técnicos, asistencia técnica y know how; algunos tipos de servicios.

EL APOORTE DEL CAPITAL A TRAVÉS DE BIENES DE CARÁCTER INDUSTRIAL

Es frecuente que las llamadas *propiedad industrial* y *propiedad intelectual*, más propiamente conocidas como *derechos de autor*, constituyan aportes de capital en la constitución de una empresa mixta.

Como se sabe, se entienden por bienes de carácter industrial aquellos como las patentes, marcas de fábrica, marcas comerciales y otros, por cuya protección contra su uso ilegítimo suelen las legislaciones exigir su registro, así como también los derechos de explotación de procedimientos secretos, datos técnicos, y *know how*, que pueden o no estar protegidos contra una utilización ilegal por la legislación relativa a la competencia desleal.⁴⁴

Estos derechos tienen un valor en el mercado internacional y, por ende, son susceptibles de valoración en dinero, por lo cual constituyen positivas vías de aporte de capital en la constitución de una empresa mixta.

Este aporte puede revestir dos formas: 1) la cesión de derechos a favor de la empresa mixta; 2) el otorgamiento de licencias o sublicencias de explotación.

- 1) *Cesión de derechos de propiedad industrial*. Es obvio que sería más conveniente para la empresa mixta obtener la cesión de los derechos de propiedad industrial como aporte de uno de los socios, ya que de esta forma puede hacer uso de esos derechos y explotar libremente en los países de su conveniencia, de acuerdo con la posibilidad legal para ello. La empresa mixta resulta de esta manera titular del derecho de propiedad industrial, en vez de licenciataria y no estará sometida a las restricciones que generalmente imponen los acuerdos sobre licencias.
- 2) *Otorgamiento de licencias y sublicencias de patentes*. La cesión de los derechos de propiedad industrial a favor de la empresa mixta (aunque teóricamente resulta lo más ventajoso para ésta, por las razones apunta-

⁴⁴ Ídem, p. 12.

das), puede o no ser conveniente para el titular de esos derechos, que tal vez prefiera explotarlos directamente en otros países.

En cuanto a la estructura del capital, las empresas mixtas, como sociedades de participación en el capital, pueden adoptar distintas modalidades. Tres de ellas son las más frecuentes:

- *Minoría extranjera.*
- *Mayoría extranjera.* Por lo general se aprueba casuísticamente en la mayoría de los países.
- *Reparto por igual.*

Otras dos formas se utilizan con menor frecuencia:

- *Atribución del 49% del capital a cada parte, quedando el 2% restante en manos de un tercero independiente.* Se utiliza en casos en los cuales se pretende burlar las exigencias de la legislación local sobre la participación extranjera, por medio de accionistas nominatorios, ciudadanos o domiciliados del país de que se trate, que suscriben las acciones necesarias (2%) por cuenta del socio extranjero. Esta práctica puede evitarse, acudiendo a otros mecanismos que permitan compartir la dirección y gestión de la sociedad.
- *La totalidad del capital corresponde a uno de los asociados (generalmente el socio local).* Se atribuye al otro un derecho de opción sobre una parte o la totalidad de las acciones. En este caso, mientras no se haga uso del derecho de opción, no se constituye la empresa mixta propiamente dicha, sino más bien una asociación contractual.

De todas formas, aunque la regla general de la sociedad por acciones es que la propiedad de éstas determina los derechos que se tengan en la compañía, hay que apuntar que existen otros medios que pueden equiparar o compensar la proporcionalidad de estos derechos.

Con respecto a la ganancia o utilidades que la empresa mixta pueda ofrecer para las partes, por ejemplo, con independencia de la proporción en el paquete de acciones se pueden obtener beneficios por otras vías, como por ejemplo: cánones por licencia de patente; honorarios del personal de Dirección; ingresos por arrendamiento de equipos; venta de proyectos y otros servicios técnicos; salarios de la fuerza de trabajo y venta de materias primas.

A lo anterior, pueden añadirse los ingresos directos que la empresa mixta deba hacer al Estado por concepto de impuestos, arancel de aduanas, otorgamiento de concesión administrativa y otros.

Dicho de otro modo, existen medios legales, financieros y económicos que pueden propiciar o compensar muchos de los derechos económicos que se derivan de la propiedad de las acciones.⁴⁵

⁴⁵ Sobre los beneficios financieros que puede obtener la empresa mixta que nada tiene que ver con el porcentaje de las acciones que tenga cada socio, ver ONUDI: ob. cit., p. 8.

PECULIARIDADES DE LA DIRECCIÓN Y GESTIÓN DE LA EMPRESA MIXTA

Si bien la empresa mixta es generalmente una sociedad de responsabilidad limitada (S.A. o S.R.L.), y le resultan aplicables los principios y reglas a los órganos de dirección y gestión de la forma societaria adoptada, no puede perderse de vista que la empresa mixta es algo más que una sociedad mercantil cualquiera y que en torno a los órganos de dirección y gestión de la sociedad se presentan interesantes definiciones que reflejan cuestiones importantes en la negociación, ya que con independencia de lo positivo que puede parecer el negocio para ambas partes (socio local e inversionista extranjero), no hay dudas que si cualquiera de ellos no tiene garantizada su participación en la dirección y gestión de la sociedad, le serán inciertos los posibles resultados futuros de la gestión de la empresa. Por ello, es importante tener presente la posibilidad de adoptar fórmulas que permitan la coparticipación, de ambos socios, o sus representantes, en los órganos de dirección, en forma equitativa y viable.

LA ADOPCIÓN DE LOS ACUERDOS O DECISIONES FUNDAMENTALES

Al igual que sucede con el nombramiento de los directores de la empresa, existen otras cuestiones fundamentales que resultan de extrema importancia para el éxito o fracaso de la empresa mixta, o para las obligaciones y riesgos que deban asumir los socios, por lo que no pueden quedar a expensas de ser aprobadas por una simple mayoría, exigiéndose en esos casos una mayoría especial en el resultado de la votación, para poder adoptar un acuerdo válido al respecto. En una sociedad anónima cualquiera, esto significa que los que tienen mayoría en el paquete de acciones dominan en esencia la compañía y cuando la votación exigida en los estatutos está por arriba del número de votos que representan las acciones del socio mayoritario, éste se une a otro u otros hasta conseguir el control de la sociedad, constituyendo un *pool* de acciones que le permiten dominar en la Junta y consecuentemente en los acuerdos y decisiones fundamentales para la sociedad.

En una empresa mixta, en la cual generalmente son dos o tres las partes y donde el porcentaje de acciones de cada socio puede ser igual o ligeramente diferenciado a favor de uno u otro, la exigencia de una votación especial para determinados asuntos o cuestiones importantes equivale a establecer el derecho al veto en las decisiones de los órganos de gobierno o administración de la sociedad: Junta General de Accionistas y Consejo de Administración.

Por ello, una de las cláusulas básicas en cualquier acuerdo de constitución de empresa mixta es aquella que permite establecer una mayoría especial para la adopción de acuerdos sobre los asuntos de mayor importancia para la empresa. La votación especial se puede utilizar lo mismo para las decisiones de la Junta General de Accionistas, para aquellos asuntos que suelen ser de su competencia, como en el Consejo de Administración. Ahora bien, aplicar esta exigencia para todas las decisiones del Consejo equivale a hacerlo inoperante, ya que los administradores tendrían que actuar en forma unánime, lo que puede utilizarse cuando se trata de un reducido número de miembros, pero no así en

otros casos. Por ello, una práctica muy generalizada es la de exigir la votación especial, o sea, establecer el derecho al voto para las decisiones fundamentales de la Junta General de Accionistas y sólo para algunas decisiones del Consejo de Administración.

En el caso de la Junta, pueden ser objeto de exigencia de una mayoría especial decisiones como las siguientes: el nombramiento del Director-gerente de la empresa; el nombramiento de los demás miembros del Consejo de Administración; la reducción o aumento del capital; la modificación de los estatutos; la emisión de nuevas acciones; la transferencia de las acciones a terceros (aunque generalmente esta posibilidad se excluye además en los estatutos); la disolución o liquidación de la empresa; la aprobación del balance y repartición de dividendos.

En el caso del Consejo de Administración, se puede prever la mayoría especial para adoptar decisiones fundamentales como:

- el nombramiento de funcionarios ejecutivos de la empresa;
- la aprobación de contratos que impliquen riesgos económicos demasiado altos para la empresa, en dependencia de la actividad de que se trate.
- la aprobación de préstamos, el otorgamiento de créditos y otros actos que impliquen riesgos financieros.

DISPOSICIONES SOBRE LA POLÍTICA FINANCIERA

Entre las disposiciones importantes de los estatutos sociales de cualquier empresa mixta, actualmente se encuentran aquéllas encaminadas a establecer la política financiera de la sociedad. Y es que las regulaciones sobre aspectos contables y financieros de las sociedades anónimas constituyen, a su vez, parte importante de las legislaciones modernas sobre compañías mercantiles y, en especial, sobre sociedades por acciones. Como ejemplo significativo tenemos el modelo de sociedad anónima europea, de la Comunidad Europea que establece reglas detalladas sobre la estructura, contenido y presentación de las cuentas anuales, entendiendo por éstas el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, y el anexo, a los cuales dedica numerosos artículos. Ese patrón también lo sigue la Ley de Sociedades Anónimas de España, que dedica a ello todo un capítulo de más de cincuenta artículos (171 al 222).

Entre las disposiciones sobre la política financiera es necesario incluir:

- El sistema de contabilidad.
- Los auditores o controladores de cuentas y libros de contabilidad.
- El seguro.
- La distribución de las utilidades.
- La disolución y liquidación de la empresa.

ACUERDOS SOBRE LA COMERCIALIZACIÓN

Dentro de los pactos o disposiciones fundamentales que los socios deben establecer en el convenio de asociación, se encuentran los relativos al mercado

que se asegura para la producción o los servicios que resulten de la actividad de la empresa. Junto a ello, que constituye una exigencia legal en muchos países, existen otras cuestiones concernientes a la comercialización, que resultan no menos importantes, como son: los medios de comercialización; la organización comercial que deba adoptar la empresa; la utilización de marcas preexistentes o la creación de otras; la protección legal de las marcas y nombres comerciales, y la posibilidad de licencias para el uso de las marcas. Éstas son disposiciones típicas que resultan de cualquier acuerdo de constitución de empresas mixtas, sobretudo en los llamados países en vías de desarrollo.

En el caso de las marcas, el acuerdo de licencia para su uso, puede ser parte del propio acuerdo de asociación si su extensión así lo permite, y sobre todo, si se constituye como aportación de capital. También se puede hacer a través de acuerdo por separado (contrato satélite), para los casos en que es la propia empresa la licenciataria de la marca mediante el pago del canon correspondiente a su titular, con independencia de que éste sea el propio socio nacional.

MODALIDADES O SUPUESTOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA EN LAS EMPRESAS MIXTAS

La transferencia de tecnología puede comprender, entre otros:

- Cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial.
- Transmisión de conocimientos no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones y, en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las empresas que los controlan.
- Servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción, operación de plantas, entrenamiento y reparación de las mismas.
- Servicios de estudios, análisis, programación, consulta y asesoría en gestión y administración, en cualquiera de sus aspectos.
- Servicios de formación y capacitación de personal relacionados o no con las prestaciones anteriores.
- Servicio de documentación e información técnica o económica.
- Otras modalidades de asistencia técnica.

Los supuestos o modalidades de transferencia de tecnología como los anteriores, se pueden instrumentar jurídicamente en forma permanente o temporal; total o parcial; mediante: cesión a título gratuito o donación; cesión a título oneroso; licencia para su uso y explotación; como parte de una negociación global (por ejemplo: un proyecto «llave en mano»; una inversión mediante contrato de planta completa; como aporte de capital a una empresa mixta y otras variantes de negociación que, en su conjunto, incluyen el traspaso de tecnología); y como información técnica.

Para ello, según la doctrina, el otorgamiento de licencia que conceda derechos de uso y explotación sobre derechos de propiedad industrial y el suministro de asistencia técnica, son dos de los métodos principales utilizados actualmente en la transferencia comercial de tecnología.

OTRAS CLÁUSULAS O PACTOS TIPOS

Las definiciones

El solo hecho de que las partes procedan de países diferentes, pone de manifiesto la utilidad de esta cláusula a fin de evitar el llamado conflicto de calificaciones, que se produce cuando un mismo término o institución jurídica posee una connotación diferente en dos o más sistemas jurídicos. Es una consecuencia de que existan distintos sistemas jurídicos, y, más aún, de la diversidad legislativa entre países cuyos ordenamientos se pueden catalogar como pertenecientes a un mismo sistema jurídico.

Por supuesto, desde el ángulo del Derecho internacional privado, el conflicto de calificaciones quedará resuelto al señalar las partes en el convenio de asociación la ley aplicable a éste, a tenor de la cual el contrato y los términos e instituciones jurídicas que contiene, referidos a los hechos, obligaciones y a la relación jurídica constituida, deberán ser interpretados. Pero no se trata sólo de eso; es necesario, además, dotar de seguridad al convenio o contrato de asociación, y, por ende, a una relación jurídica que se debe mantener durante años; se trata, pues, de que las partes deben estar seguras de que aquellos términos e instituciones jurídicas que han designado o están contenidos en su negociación, significan lo mismo para ambas partes; tienen el mismo sentido y alcance desde el punto de vista jurídico. Por ello, en el caso de negociaciones sencillas y entre partes de países provenientes de un mismo sistema jurídico, puede no resultar imprescindible esta cláusula y bastará, para buscar la solución a los litigios o diferencias que surjan, el señalamiento de la ley aplicable. Pero en la medida que la actividad objeto de la negociación requiera para la constitución de la empresa mixta, el señalamiento de términos jurídicos o instituciones que reciban una interpretación específica para una de las partes; así como en aquellos casos de grandes negociaciones complejas para las cuales se elaboran, por lo general, varios documentos conexos y, sobre todo, cuando los futuros socios proceden de países pertenecientes a distintos sistemas jurídicos o familias jurídicas —como les llamó el profesor de la Sorbonne, René David—,⁴⁶ será necesario entonces incluir en el convenio de asociación (preferiblemente al principio, luego de la identificación de las partes), una cláusula que contenga las definiciones de los conceptos e instituciones jurídicos, técnicos y económicos decisivos para la interpretación uniforme, para ambas partes, de los términos de negociación.

⁴⁶ René DAVID: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Editorial Aguilar, Madrid, 1968, p. 10.

El idioma

Alrededor del idioma, la doctrina ha emitido algunas recomendaciones, teniendo en cuenta que muchos de los llamados países en vías de desarrollo poseen leyes protectoras del idioma, que establecen la obligación de elaborar todos los documentos oficiales, y aún los privados, que requieren tramitación oficial, en el idioma del país.

Una de las soluciones recomendadas internacionalmente, es la de elaborar la documentación en los dos idiomas: el nacional y el extranjero, y dar valor legal también a las dos versiones. Otra posibilidad —menos recomendable, pero utilizada con frecuencia cuando los idiomas de las partes no resultan ser de los más conocidos internacionalmente—, consiste en redactar una tercera versión de los documentos legales, esta vez en un tercer idioma, que se utiliza entonces como documento de trabajo y de interpretación con vistas al cual deben resolverse las diferencias que surjan de la traducción entre los otros dos. En estos casos, el idioma más frecuentemente utilizado es el inglés.

En el primer supuesto, cuando se redactan los documentos en los dos idiomas, es importante hacer constar en el convenio de asociación el idioma que prevalecerá de producirse discrepancias en su traducción o interpretación.

Una fórmula utilizada para verificar la concordancia de la traducción realizada al idioma extranjero, y así evitar cualquier tipo de discrepancia al respecto, consiste en efectuar dos traducciones; o sea, traducir los documentos oficiales idioma nacional al idioma extranjero y esta versión, a su vez, traducirla al nacional, a fin de cotejarla con la versión original. Si existen diferencias, es evidente que ambas versiones del documento no decían lo mismo y pueden originar un significado diferente.

La fuerza mayor

Es frecuente que en la doctrina y en los manuales especializados se recomienda la inclusión en los convenios de asociación para la constitución de empresas mixtas, de una cláusula encaminada a hacer constar que cualquier retraso o incumplimiento de alguna de las partes no será causa de rescisión o resolución del contrato de sociedad, ni dará lugar a reclamaciones por daños y perjuicios, siempre que ese atraso o incumplimiento tuviere su origen en circunstancias especialísimas que se puedan catalogar como *fuerza mayor*, señalándose asimismo como tales aquellos fenómenos que escapan al control de las partes interesadas: decisiones de las autoridades, catástrofes naturales, incendios, inundaciones, explosiones, guerras, rebeliones, tormentas, terremotos, sabotajes, epidemias, disposiciones legales emitidas por el Estado y cualquier otro hecho o acontecimiento independiente de la voluntad de las partes, que no hubieran podido preverse o que previstos fueren inevitables.

Con esta cláusula se persiguen dos objetivos: el primero, procurar la continuidad de la sociedad a pesar de la situación sobrevenida, a menos que de la propia causa resulte imposible. Por ello se especifica que no da lugar a la rescisión o resolución del contrato. El segundo, liberar de responsabilidad a aquél

que por motivo de la fuerza mayor ha incurrido en el retraso o incumplimiento. Una tercera razón puede agregarse: definir el sentido y alcance del concepto de fuerza mayor, ya que, precisamente, se trata de un término que suele tener una connotación diferente en distintos ordenamientos jurídicos. Aunque, para este solo objetivo, bastaría con incluirla en la cláusula sobre las definiciones.

Se trata, por tanto, de una causa de exención de la responsabilidad civil, junto al caso fortuito, y constituye, asimismo, una causa de imposibilidad de ejecución y, por lo tanto, de extinción de la obligación cuando la prestación debida se hace imposible por circunstancias no imputables al obligado. Su consecuencia jurídica es la liberación del obligado de todo género de responsabilidad, a causa de la imposibilidad de cumplimiento.

Por supuesto, la prueba de existencia de la fuerza mayor corresponde al obligado a la prestación, para quedar relevado de su cumplimiento. La doctrina suele añadir que es necesario, además, que por virtud de la fuerza mayor quede constituido el obligado en situación imposible para el cumplimiento de la obligación debida, y que las consecuencias del perjuicio que para la otra parte supone, no se agraven en lo más mínimo, por acción u omisión del obligado.

La continuidad de la empresa mixta

Es que la Empresa Mixta, por sus características de «negocio conjunto», de unión decidida y estable entre dos o más socios, a pesar de tratarse, como sociedad anónima, de una sociedad de capital y no de personas, tiene una marcada influencia personalista, y el predominio del «intuitu personae» determina que, generalmente, los socios no puedan transmitir a extraños la participación que tengan en la compañía sin que previamente se hubiere aceptación por los demás socios.

Se utilizan también otras vías como son los pactos de opción de compra a favor del otro socio, y el establecimiento de un derecho de tanteo de los demás socios para la adquisición de las acciones, cuando se pretenda su cesión o traspaso.

Una interesante y polémica situación jurídica se produce cuando en virtud de la insistencia de uno de los socios para ceder sus acciones, o ante la imposibilidad del socio de continuar adelante en la Empresa Mixta, se produce el traspaso de todas las acciones a uno solo de los socios. Se trata de la sociedad devenida unipersonal. Interesante y controvertido tema.

No discutimos la posibilidad de mantener una sociedad mercantil cualquiera indefinidamente en situación de unipersonalidad, lo que es admitido por muchos en la doctrina⁴⁷, pero en el caso de la empresa mixta es obvio que por su propia naturaleza asociativa, de negocio conjunto, de aportaciones complementarias y recíprocas, requiere de la permanencia de dos o más socios, caracteriza-

⁴⁷ Ver trabajo de Marcos SACRISTÁN REPRESA: «Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad Inipersonal», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, tomo I, La fundación Editorial Civitas, Madrid 1991, p. 503.

dos por la presencia de nacionales y extranjeros. No obstante, ello no es óbice para que la unipersonalidad sobrevenida no pueda admitirse como vía, excepcional y transitoria, para lograr la incorporación posterior de nuevo socio y la continuidad de la Empresa Mixta.

UNIDAD 3. ARBITRAJE Y DERECHO APLICABLE EN LA EMPRESA MIXTA

1. Posibilidades para la solución de diferencias de las empresas mixtas

Como todo contrato, el de sociedad se suscribe para cumplirlo. El principio del cumplimiento de buena fe de los contratos, está presente más que en ningún otro en los contratos asociativos, ya que en ellos la voluntad contractual respecto al objeto no son contrapuestas, o sea, en busca de una contraprestación, sino que corren paralelas para procurar la comunidad de individuos y medios que conforman la asociación. Este principio de cumplimiento de buena fe contractual, que se acentúa más aún en los contratos asociativos, cobra mayor fuerza aún en el convenio de asociación que instrumentó una empresa mixta, ya que, precisamente, por sus características, éstas requieren de la acción conjunta y decidida de los socios para el logro del fin propuesto. Sin embargo, aunque al asociarse se piensa en el éxito y no en el fracaso, en el cumplimiento de buena fe de las estipulaciones o pactos y no en su retraso, incumplimiento o violación, es necesario prever en la negociación e instrumentación de la empresa mixta, e incluir en sus documentos jurídicos, una cláusula relativa a la *solución de los conflictos*, discordias o litigios que se puedan presentar. No en balde reza una vieja máxima en ese sentido: «los contratos se hacen para cumplirse, pero se preparan como si no se fueran a cumplir...». Y para ello, el *arbitraje* constituye en nuestros días el medio más idóneo y más utilizado internacionalmente.

Se utilizan también otros medios como la mediación, la conciliación y la *litis* judicial. Sin embargo, el arbitraje ha demostrado su eficiencia e idoneidad para intervenir en la solución de los conflictos que emanan de las relaciones mercantiles internacionales, por lo que más que una vía para reclamar derechos y solucionar litigios o pleitos (como los tribunales), es considerado como una institución de auxilio al comercio internacional, por su especial contribución al crear un clima de confianza sobre la base de la seguridad jurídica de las relaciones comerciales internacionales.

2. Ventajas del arbitraje

En la doctrina se han señalado varias ventajas del arbitraje con relación al proceso judicial; las principales son:

- *La celeridad*. El arbitraje es un procedimiento más simple generalmente sin tantas excepciones, trámites y dilaciones que suelen presentar los procesos judiciales en la mayoría de los países.

- *La especialidad.* Por regla general, el juez será un conocedor del derecho, mientras que el árbitro suele ser un especialista en la materia objeto del litigio, ya que, precisamente, son escogidos específicamente por las partes para su proceso.
- *La seguridad.* Al menos subjetiva, que brinda a las partes el hecho de que ellas escogen libremente la sede del pleito y los jueces que lo resolverán, sin imposición predeterminada de someterse a un tribunal específico, el del país sede. El arbitraje ofrece la posibilidad, de que las partes acepten acudir a una corte nacional, del propio país donde radica el negocio objeto del litigio, o de resolver éste ante una corte extranjera, en un tercer país que no guarde relación con el del negocio, ni con los de las partes, lo que generalmente, cuando el monto del asunto en litis resulta considerable, ofrece cierta seguridad.
- *La flexibilidad del proceso.* Ya se trate de las fechas y horas de audiencia, del idioma, de las leyes que han de resultar aplicables, de la presentación y práctica de las pruebas, de la formalidad de los actos procesales y otras.
- *Ejecutabilidad.* El laudo o decisión arbitral se puede ejecutar rápidamente, sin que las partes tengan necesidad de esperar por el resultado de recursos o apelaciones presentadas ante instancias superiores.
- *Menos publicidad.* Generalmente los procesos arbitrales pueden mantenerse bajo cierta discreción, sobre todo cuando se acude al arbitraje ad hoc y aún en aquéllos que se realizan bajo los auspicios de una corte internacional, salvo que las partes acuerden lo contrario.

Por otra parte, puede añadirse a favor del arbitraje que su carácter de jurisdicción voluntaria le permite incorporar en su función, precisamente, otras vías o medios para solucionar los litigios, como la mediación y la conciliación. Dada la naturaleza de la función judicial, tales vías o medios no corresponden al juez o tribunal.

De estas posibilidades, sobre todo la conciliación, ha sido incorporada incluso como parte de las funciones de la mayoría de las cortes internacionales de arbitraje, por lo que se establecen en algunos reglamentos dos procedimientos: el de conciliación, a fin de procurar un arreglo amistoso entre las partes, y el de arbitraje propiamente dicho, que tiene lugar cuando todo intento de conciliación ha sido en vano o las partes se niegan a intentar el arreglo.

La caracterización del arbitraje como internacional es importante a los efectos de determinar cuestiones de competencia entre cortes internas y cortes internacionales, o entre éstas y los tribunales; ello ha motivado que esta cuestión sea objeto de precisión en las legislaciones sobre la materia en muchos países. Así se recoge incluso en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985 en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que en su artículo 1, inciso 3, establece que:

Un arbitraje es internacional si:

- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Como se ve, en el primer inciso se utiliza el domicilio (establecimiento comercial) como punto de conexión para determinar el arbitraje como internacional. Por ello, con buena técnica, desde el ángulo del derecho internacional privado, a continuación la Ley Modelo precisa lo que se debe entender por *establecimiento*, en caso de que se produzca un conflicto positivo o negativo de domicilio, señalando que si alguna de las partes tuviere más de un establecimiento (conflicto positivo), se tomará en cuenta aquél que guarde más estrecha relación con el acuerdo de arbitraje; y si alguna de las partes no tiene ningún establecimiento (conflicto negativo), será considerado como tal su residencia habitual.

3. La solución de diferencias en los APRI y en los acuerdos sobre inversiones

El fracaso del AMI (Acuerdo Multilateral de Inversiones) es una de las causas de la proliferación de los APRI (Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones). De esta manera, la vía bilateral ha sustituido la ausencia de una plataforma jurídica internacional que tutele, equitativamente, los derechos de los inversionistas y de los Estados receptores.

No quiere esto decir que todo APRI sea un ejemplo de trato equitativo: como es obvio su contenido depende de muchos factores, entre los cuales resultarán decisivos la voluntad política, la capacidad de un Estado para enfrentar las pretensiones de otro en condiciones de igualdad. Al margen de ello, lo que nos interesa ahora es repasar brevemente el tratamiento o regulación dada en la generalidad de los APRI a la solución de diferencias.

Debe señalarse que una de las características de los acuerdos bilaterales es su posibilidad de ser específico. No obstante, los APRI se caracterizan por su «generalidad», o sea, por contener cláusulas «tipos» que se han repetido, con mayor o menor semejanza en muchos de ellos. Una de estas es la referida a la solución de diferencias.⁴⁸

⁴⁸ Un enfoque sobre las características de los APRI, su generalidad y especificidad, puede verse en: «Los acuerdos de protección recíproca de inversiones: Aspectos de autoridad competente y ley aplicable», de Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ, Comunicación al XXII Congreso del IHLADI, pp. 5, y 13 a 18.

Sobre la estructura y contenido de los APRI puede resumirse que es bastante uniforme, y que sus «disposiciones típicas» se refieren a: ámbito de aplicación; promoción y protección de inversiones; tratamiento; nacionalización y expropiación; compensación por pérdidas; transferencias al exterior; condiciones más favorables; subrogación; solución de controversias; entrada en vigor; prórroga y denuncia.

Aunque el tema que nos ocupa ahora es sólo la solución de controversias, es importante llamar la atención sobre la cláusula que define el término «inversionista», en la cual se atiende, generalmente, al punto de conexión nacionalidad como determinante para la aplicación del Acuerdo (Como es el caso de la mayoría de los suscritos por España). Otros países, fundamentalmente en los países anglosajones, eslavos y del cono sur americano, utilizan el punto de conexión domicilio y hasta puede darse el caso de la combinación de ambos sistemas.

Se trata de un tema complejo, que guarda relación con el sistema de normas de Derecho Internacional Privado de un país determinado para identificar al sujeto de la relación jurídica. Recuérdese que fue este, precisamente, uno de los puntos discrepantes en la negociación y adopción del Código Bustamante (1928) que finalmente adoptó una fórmula negociada que permite utilizar ambos sistemas, lo que si bien permitió conciliar intereses y lograr la aprobación del Código, deja incertidumbre y dualidad para la determinación del Derecho aplicable vinculado a la persona.

Para identificar como inversionista a una persona jurídica, se atiende generalmente al hecho de que hayan sido constituidos o, en su caso, debidamente organizados según el Derecho de una Parte Contratante y que, a la vez, tenga su sede en el territorio de tal parte.

La solución de controversias en los APRI suele preverse en dos ámbitos y, por ende, generalmente se utilizan dos cláusulas, una para las surgidas entre Partes Contratantes, referentes a la interpretación o aplicación del Acuerdo, y otra para toda controversia relativa a las discrepancias que surjan entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte respecto a cuestiones reguladas en el Acuerdo.

Para ambos casos se exige siempre que se agote la vía amistosa o de conciliación, para lo cual se concede un término prudencial (seis meses en el caso del Acuerdo entre España y Cuba).

Para el caso de arbitraje entre Partes Contratantes se establece, generalmente, un Arbitraje Ad-hoc, en los que cada Parte designa un árbitro y éstos designan al tercero, que será el Presidente del Tribunal Arbitral. Para el caso de discrepancias en la designación del tercer árbitro se establece una Autoridad nominadora, generalmente el Presidente de la Corte Internacional del Justicia, o su miembro más antiguo siempre que no sea nacional de ninguna de las Partes Contratantes (caso del APRI entre España y Cuba), aunque hay casos en que resulta ser el Secretario General de la ONU (como es en el APRI entre España y Ecuador).

Con respecto al Procedimiento, a menos que las Partes Contratantes decidan otra cosa, el tribunal arbitral establecerá su propio procedimiento.

Como regla general, el tribunal emitirá su dictamen (laudo) sobre la base de la Ley y las normas del propio APRI, así como debe atender otros Acuerdos vigentes entre las Partes Contratantes y los principios universalmente reconocidos del Derecho Internacional.

El tribunal arbitral adopta su decisión por mayoría de votos y esta resulta definitiva y vinculante.

Cada Parte Contratante corre con los gastos del árbitro para ello designado y los de su representación en el proceso. Los demás gastos, incluidos los del Presidente son sufragados a partes iguales.

Para el caso de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, luego de haber resultado infructuosos el período de conciliación, se establecen, generalmente, tres alternativas o vías para la solución, concediéndosele al inversionista el derecho a elegir la vía que considere:

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.
- Arbitraje Ad-hoc, según el Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).
- Arbitraje institucionalizado CCI, o sea, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

De esta manera es el inversionista y no el Estado receptor de la inversión, quien tiene la opción para decidir el foro de competencia que deberá resolver el conflicto.

El tribunal, bien judicial o arbitral, deberá resolver el diferendo atendiendo a las disposiciones del propio APRI, a las reglas y principios del Derecho Internacional generalmente admitido (normas de «ius cogens») y al Derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las normas de Derecho Internacional Privado.⁴⁹

Las cláusulas sobre solución de controversias cambian cuando los Estados signatarios del APRI son parte del Convenio de Washington, que dio lugar a la creación del CIADI, en los cuales se incluye entonces una cláusula de sumisión al arbitraje bajo la administración y el Reglamento del CIADI. Igualmente sucede en otros acuerdos sobre inversiones (Acuerdos comerciales y de integración) más allá de la vía bilateral de los APRI, como por ejemplo:

- Grupo de Los Tres (México, Colombia y Venezuela): Siempre que hayan transcurrido noventa días desde que el inversionista contendiente comunicó a la Parte contendiente su intención de someter la reclamación a arbitraje y seis meses desde que tuvieron lugar las medidas que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: a) las Reglas del CIADI, cuando la Parte

⁴⁹ Las reglas anteriores son recogidas en la mayoría de los APRI estudiados, pero en modo alguno significan una generalidad. Sobre el tema y otras vías y excepciones planteadas a las reglas anteriores, puede verse el trabajo de Ana CRESPO HERNÁNDEZ: Anuario de Derecho Internacional Privado, año 2000, pp. 646 a 649, y el de Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ: Ob. citada, pp. 18 a 20.

contendiente y la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sean Estado parte del Convenio de CIADI; o c) las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL cuando la Parte Contendiente y la Parte del inversionista no sean Estado parte del Convenio de CIADI.

- MERCOSUR: Intrazona: En caso de arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada: a) al CIADI, cuando cada Estado Parte de este protocolo lo haya adherido. Mientras esta condición no se cumple, cada parte dará su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Reglamento Complementario del CIADI; b) a un tribunal de arbitraje «Ad-hoc» establecido de acuerdo con las reglas del arbitraje del UNCITRAL. Extrazona: En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida a elección del inversor a un tribunal de arbitraje «Ad-hoc» o a una institución internacional de arbitraje.

4. Sociedad mercantil y derecho aplicable

En cualquier referencia al tema sobre el Derecho aplicable a las Empresas Mixtas cobra una especial importancia la forma o clase que haya asumido en la «joint venture» para la inversión o negocio conjunto de que se trate, es decir, si se trata de una Asociación Contractual o de una Empresa Mixta propiamente dicha.

En el primer caso, al no haberse constituido una nueva persona jurídica, o sea, al no existir una sociedad mercantil como *Centro* para la inversión o negociación global que persigue el proyecto conjunto, solamente resultarán de aplicación las reglas para la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

En el segundo caso, cuando se ha constituido una sociedad mercantil, independiente a la de los socios que le dan vida, en el país receptor de la inversión, habrá que distinguir, a su vez, entre la «negociación global» fruto del *Convenio de Asociación* y la sociedad mercantil fruto de la *Escritura de Constitución* y regida internamente por sus *Estatutos*.

Recuérdese que la constitución de una sociedad mercantil es unos de los negocios jurídicos más sustraídos de la autonomía de la voluntad y deberá sujetarse a la Ley del lugar de constitución. En este sentido la Ley local determinará no sólo las condiciones de la inversión y los términos para su aprobación y registro, sino además, el régimen de mayor o menor autonomía que tendrán los fundadores para la constitución de la sociedad.⁵⁰

⁵⁰ En el caso de Cuba, por ejemplo, como es frecuente también en otros países, las empresas mixtas adoptan la forma de sociedad anónima, y para la constitución de éstas rigen aún el viejo Código de Comercio español de 1885 que concede un amplio margen a los fundadores de la sociedad para establecer sus propias reglas.

La sociedad mercantil, así constituida, tendrá su «estatuto personal» conferido generalmente por la Ley del lugar de su constitución, que determina a su vez, su nacionalidad, organización, funcionamiento, disolución y liquidación.

Hay que advertir, como bien señala la doctrina, que junto a la teoría o doctrina del lugar de la constitución como punto de conexión eficaz o determinante, para conceder una nacionalidad a la sociedad mercantil y, por ende, un «estatuto personal», existen otros criterios atributivos como el de la sede (real, principal o efectiva) según el cual las sociedades poseen la nacionalidad del Estado en que radique su dirección principal, con independencia de lo señalado en los Estatutos, y, en consecuencia, se rige por la Ley de ese Estado.

Otros sistemas son el del «centro de actividad principal» o «centro de explotación relevante» que utiliza como punto de conexión el territorio (Estado) donde la sociedad realiza su empresa o actividad mercantil más importante entre aquellas que incluye su objeto social, y el llamado «sistema de control», que atiende como punto de conexión, criterio o factor para determinar la nacionalidad de la sociedad, al lugar donde radica el órgano o las personas que ejercen el poder efectivo de control sobre la sociedad.⁵¹

Con independencia de la validez de estas teorías para las sociedades mercantiles en general, y de que los ordenamientos materiales estatales recojan una u otra posición, en atención a sus intereses o política legislativa, debe llamarse la atención de que en el caso de las Empresas Mixtas muchas veces son coincidentes las antes citadas conexiones, pues en materia de inversiones extranjeras, el Estado receptor de la inversión suele ser, generalmente, el lugar de constitución de la sociedad, el de la sede real o efectiva, el del centro principal de su actividad y del control.

5. Negociación global y derecho aplicable

El Convenio de Asociación o «Joint Venture Agreement» es el documento rector de la negociación global, objeto del proyecto conjunto, fundamento de la Empresa Mixta. Bien se trate de un convenio único o de varios convenios conexos, lo importante es que resulta el instrumento generador de las principales obligaciones entre las partes, y por tanto, se rige por las reglas de Derecho aplicable al contrato internacional.

Es evidente el carácter internacional del contrato que instrumenta la constitución de una Empresa Mixta, no sólo por la presencia del elemento extranacional en la persona del inversionista extranjero, lo que la convierte ya en una situación privada internacional, sino, además, por otras conexiones típicas de este negocio conjunto, el cual implica exportación de capitales, transferencia de

⁵¹ Sobre la nacionalidad de las sociedades mercantiles puede verse, entre otros, a: Alfonso L. CALVO CARAVACA, epígrafe sobre «Personas jurídicas», en *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial de Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, EUROLEX, Madrid, 1995, pp. 84 a 94, y J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, en *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 385 y 386.

tecnología y otras actividades que caracterizan la asociación económica internacional, todo lo que le confiere al Convenio de Asociación cierta relevancia entre los Contratos internacionales.

De esta manera, con independencia de las normas imperativas que regulan el proceso de la inversión extranjera y de las limitaciones que pueda imponer la legislación local derivadas del control de los flujos internacionales de capital, el Convenio de Asociación tendrá siempre la virtud de poseer un régimen jurídico autónomo del de la sociedad que las partes instrumenten, en su caso, como plataforma empresarial para la actividad que desarrollarán.

Es así que junto a las garantías que cualquier país pueda ofrecer al inversionista foráneo, necesarias para dotar un negocio de magnitud como suelen ser las inversiones extranjeras, debe incluirse la posibilidad de elección del foro, como apuntamos al comentar el Arbitraje, y la Autonomía de la Voluntad, como principio rector o más importante del régimen jurídico del contrato internacional.

Todos sabemos que el ejercicio de la Autonomía de la Voluntad no hace desaparecer los demás vínculos preexistentes de la relación jurídica contractual con las normas imperativas de la plaza contractual, más aún en un tipo legal tan complejo donde intervienen distintas normas de contenido económico, de control de divisas, de importación y exportación, migratorias y de extranjería para personal extranjero, que unas veces vía orden público internacional (a posteriori) y otras veces como normas de aplicación inmediata, van a intervenir en el régimen jurídico de la inversión y, por ende, de la negociación global vinculada a la Empresa Mixta, todo lo que origina un consorcio de leyes aplicables (y no un conflicto).

Por otra parte debe apuntarse la posibilidad del «depeçage» o fraccionamiento voluntario de la regulación jurídica del contrato, que en el caso del Convenio de Asociación puede resultar aconsejable, al permitir a las partes señalar una ley diferente a distintas partes del contrato y someter así a un determinado ordenamiento jurídico cuestiones específicas que merecen un régimen por separado. Aunque, generalmente, en estos casos se utilizan los convenios conexos y los contratos satélites, que más que el fraccionamiento del contrato significan el fraccionamiento de la regulación de la negociación global en acuerdos por separado, aunque interconectados.

La «Lex contractus» determinará: la existencia y validez del convenio, su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones, las consecuencias del incumplimiento, los diversos modos de extinción de las obligaciones; así como la prescripción, caducidad y las consecuencias de la nulidad del convenio, siempre en atención al sistema para la regulación del contrato al cual pertenezca el ordenamiento material escogido: las Convenciones de Montevideo, para el cono sur americano (con limitación a la autonomía de la voluntad y la rectoría del contrato por la Ley del lugar de su ejecución; el Código Bustamante, con amplio margen a la autonomía de la voluntad; la Convención de México de 1994, aprobada por la CIDIP V, que completa el sistema conflictual codificado de América, con amplio margen a la autonomía de la voluntad, incluyendo la Lex Mercatoria, y el Convenio de Roma de 1980 o sistema europeo, con amplio alcance de la autonomía de la voluntad, que llega a la posibilidad de elegir una Ley que

no tenga vínculo alguno con el Contrato o sus elementos y la teoría de los «vínculos más estrechos» y de la «prestación característica», como elementos esenciales del sistema de presunciones para determinar la Ley aplicable a falta de elección.⁵²

La autonomía de la voluntad también recibe aceptación para regir convenios de asociación en el sistema de los Estados Unidos, a través del Restatement of the Law, a partir del precedente judicial, y ha sido «codificada» en el Derecho positivo en el Código Comercial Uniforme (UCC-sección 1-105(1)).⁵³

En resumen, «la negociación global» objeto de la inversión a la cual sirve de «base de operaciones», vía o instrumento empresarial la Empresa Mixta, regulada mediante el Convenio de Asociación, requiere el tratamiento jurídico y la instrumentación de un Contrato Internacional, y su régimen jurídico, estará dado a partir del Derecho indicado aplicable por las partes, fruto de la autonomía de la voluntad, y de las normas imperativas de la plaza contractual, de acuerdo siempre con el sistema para la regulación jurídica del Contrato Internacional del ordenamiento material del Estado receptor.

VITORIA, PAÍS VASCO

Julio del 2003

⁵² Ver Juan José ÁLVAREZ RUBIO: «Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994, sobre la Ley aplicable a los Contratos Internacionales», en «Iberoamérica ante los procesos de Integración», ob. citada, pp. 217 a 227.

⁵³ Un análisis más abarcador sobre el régimen de la ley rectora del Contrato puede verse, entre otros, en Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ: «La regulación jurídica del contrato internacional», ponencia al XXII Congreso del IHLADI, celebrado en San Salvador, El Salvador, en septiembre del 2002, Anuario n.º 16.